

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na Göre Yapılan İhalelerde İhale Komisyonunun Ekonomik Açıdan En Avantajlı İkinci Teklifi Belirleme Zorunluluğunun Bulunması

Rüstem ÇÖDEK

Sayıştay Uzman Denetçisi

I-GİRİŞ:

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerde ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunun bulunmadığına yönelik Kamu İhale Kurulu kararları ile Danıştay 13. Dairesinin kararları bulunmaktadır.¹ Bu nedenle bazı ihale komisyonları tarafından anılan Kanun'un temel ilkelerine uygun gerçekleşen ihalede geçerli teklif bulunmasına rağmen ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmediği görülmektedir.

Bu makalede, yürürlükte bulunan düzenlemeler dikkate alındığında, Kurulun ve Danıştay 13. Dairesinin kamu ihale mevzuatında ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlemenin ihale komisyonunun takdirinde olduğu şeklinde bir genelleme yapmasının yasal dayanaktan yoksun olduğu hususu ile ihale komisyonlarının -her idari işlemde olduğu gibi- belirleme yapmadığı durumlarda kararında gerekçesini göstermek durumunda olduğu hususu ve idarenin ihtiyacını zamanında karşılayamaması ya da sonraki ihalede daha yüksek bir bedele aynı ihtiyacı karşılaması sonucu meydana gelecek kamu zararından sorumlu olacağı hususları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II-İLGİLİ MEVZUAT:

A- 4734 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler:

1- 4734 sayılı Kanun'un "Teminat olarak kabul edilecek değerler" başlıklı 34'üncü maddesinin beşinci fıkrasında,

" ...

İhale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.

... " hükmü,

¹ Bununla birlikte, Ankara 12. İdare Mahkemesinin 03.12.2020 tarihli ve E:2020/2203, K:2020/1937 sayılı kararında olduğu gibi, sadece belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılabileceği, dolayısıyla herhangi bir somut hukuki sebep gösterilmeksizin, takdir yetkisi çerçevesinde en avantajlı ikinci ekonomik teklifin belirlenmemesinin ve bu şekilde teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının mümkün olmadığına yönelik idare mahkemesi kararları da bulunmaktadır.

bulunmaktadır.

2- 4734 sayılı Kanun'un "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39'uncu maddesinde,

"İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir.² İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez....." hükmü,

bulunmaktadır.³

3- 4734 sayılı Kanun'un "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40'ıncı maddesinin son fıkrasında,

"...

(Değişik son fıkra: 20/11/2008-5812/13 md.) İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir." hükmü,

bulunmaktadır.

4- 4734 sayılı Kanun'un "İhalenin karara bağlanması ve onaylanması" başlıklı 40'ıncı maddesinin son fıkrasında 5812 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile yapılan değişikliğin önergede belirtilen gerekçesinde,

"Uygulama yönetmelikleri hükümlerine göre ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı çıkması hâlinde ihale iptal edilmekte (ikinci uygun teklif sahibinin de mağduriyetine neden olunmaktadır.) ve sürecin uzaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verilmektedir." açıklaması,⁴

² Bu hükmü, ihale komisyonu kararı üzerine idare yani ihale yetkilisinin verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu şeklinde anlamak gerekmektedir. Yani idare adına yetkiyi ihale yetkilisi kullanacaktır.

³ Söz konusu hükmün gerekçesi, "Tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, Kanunun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerle, ihale yetkilisinin onayından önceki herhangi bir aşamada ihale komisyonunun kararı üzerine idareye uluslararası mevzuata paralel bir şekilde ihaleyi iptal etme yetkisi verilerek, buna ilişkin hükümler düzenlenmiştir." şeklindedir.

⁴ 4734 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesinin son fıkrasının 5812 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile değişmeden önceki hali: "İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan isteklinin 58 inci maddeye göre yasaklı olup olmadığını anılan maddeye göre teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır." Söz konusu değişiklik ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihaleye katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit edilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile gerekçede açıkça belirtildiği üzere, ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı çıkması hâlinde ihalenin iptal edilmemesi, ikinci uygun teklif sahibinin mağduriyetine neden olunmaması ve sürecin uzaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verilmemesi amaçlanmıştır.

bulunmaktadır.

5- 4734 sayılı Kanun'un "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44'üncü maddesinde,

"İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir.

*Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. **Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir.** Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42 nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42 nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılır.*

***Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir."** hükmü,*

bulunmaktadır.

6- 4734 sayılı Kanun'un "Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu" başlıklı 44'üncü maddesinin madde gerekçesinde,

" İsteklinin 42 nci maddeye göre yapılacak bildirim tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması zorunluluğu belirtilmiştir.

*Bu zorunluluğa uyulmaması halinde protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın geçici teminatın gelir kaydedileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumda uluslararası uygulamalar çerçevesinde idareye iki seçenek sunulmuştur. **İdare, ihaleyi iptal edebilir ya da ihtiyacın karşılanmasını geciktirmemek üzere ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi şartıyla bu teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalayabilir.***

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin de sözleşmeyi imzalamaması halinde, geçici teminatının gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği düzenlenmiştir." açıklaması,

bulunmaktadır.

7- Aynı madenin Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu aşamasında yapılan değişikliğin gerekçesinde ise,

*"Tasarının 44 üncü maddesi; **istekliler vecibelerini yerine getirmediği takdirde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci istekliye ihale yapılması ve sözleşme imzalanması***

amacıyla ikinci fıkrada yer alan “ihaleyi iptal edebileceği gibi” ifadesi metinden çıkartılmak suretiyle kabul edilmiştir.” açıklaması,

bulunmaktadır.

B- İhale uygulama yönetmeliklerinde yer alan düzenlemeler:

1- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde yer alan düzenlemeler:⁵

a- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin, “Elektronik eksiltme” başlıklı 60/A maddesinde,

“ ...

(10) Geçerli tekliflerden ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci teklif olması öngörülen tekliflerin sahiplerine, (Mülga ibare:RG-30/9/2020-31260)(4) (...) beyan ettikleri bilgi ve belgelerden, EKAP veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfası üzerinden sorgulanamayanlara ile yeterlik sertifikası üzerinden değerlendirme yapılamayan veya yeterlik sertifikası kapsamındaki geçerlik süresi dolan belgelere ilişkin tevsik edici belgeleri ve bunların eklerini, belgelerin sunulmuş şekline uygun olarak sunmaları için (Mülga ibare: 16.03.2019-30716 R.G/12.md.,yürürlük:26.03.2019) makul bir süre verilir.

...” hükmü,

b- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin, “İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 66’ncı maddesinde,

“(1) Yapılan değerlendirme sonucu ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır ve ihale komisyonunca alınan gerekçeli karar ihale yetkilisinin onayına sunulur.

(2) İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce idare, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını Kurumdan teyit ederek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. Her iki isteklinin de yasaklı olduğunun anlaşılması durumunda ihale yetkilisince ihale kararı onaylanamaz ve ihale iptal edilir.”

...” hükmü,

bulunmaktadır.

c- Aynı Yönetmelik’in, “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması” başlıklı 69’uncu maddesinde,

“(1) (Değişik:RG-7/6/2014-29023) İhale üzerinde kalan isteklinin (Ek ibare: 13/09/2019-30887 R.G./4. md., yürürlük: 23/09/2019) son başvuru ve/veya ihale tarihinde

⁵ Bu maddede, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile eklerinde yer alan düzenlemeler esas alınmıştır. Benzer düzenlemeler mal ve hizmet alımları ihale uygulama yönetmelikleri ile tip idari şartnameler ve tip sözleşmelerde de yer almaktadır.

Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair (Ek ibare: 16/03/2019-30716 R.G/15. md., yürürlük: 26/03/2019) bilgi ve/veya belgeleri veya kesin teminatı vermemesi ya da sözleşme imzalamaması durumunda, Kanunun 44 üncü maddesi hükümlerine göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının, ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir.

(2) (Değişik: RG-7/6/2014-29023) Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, sözleşme imzalanmadan önce ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığına teyit edilmesi zorunludur. İdare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin (Ek ibare: 13/09/2019-30887 R.G./4. md., yürürlük: 23/09/2019) son başvuru ve/veya ihale tarihinde Kanunun 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair (Ek ibare: 16/03/2019-30716 R.G/15. md., yürürlük: 26/03/2019) bilgi ve/veya belgeleri ve kesin teminatı vermesini istemek zorundadır.

(3) Mücbir sebep halleri dışında, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli de, yasal yükümlülüklerini yerine getirerek sözleşme imzalamak zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde, bu isteklinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, (Mülga ibare: RG-16/7/2011-27996) Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere idareye sunulan (Ek ibare: 16/03/2019-30716 R.G/15. md., yürürlük: 26/03/2019) bilgi ve/veya belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, bu isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.” hükmü,

bulunmaktadır.

2-Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdari Şartname’de yer alan düzenlemeler:

a- Açık İhale Usulü İle İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdari Şartname’nin, “Geçici teminatın iadesi” başlıklı 29’uncu maddesinde,

” 29.1. İhale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra Saymanlık ya da Muhasebe Müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir.

29.2. İhale üzerinde bırakılan isteklinin geçici teminatı, gerekli kesin teminatın verilip sözleşmeyi imzalaması halinde iade edilir.

29.3. İhale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat, sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.” hükmü,

bulunmaktadır.

b- Aynı Şartname'nin "İhale kararının onaylanması veya iptali" başlıklı 37'nci maddesinde,

"37.1. İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı Kurumdan teyit edilerek buna ilişkin belge ihale kararına eklenir.

37.2. Yapılan teyit işlemi sonucunda; her iki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.

37.3. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

37.4. İhale; kararın ihale yetkilisince onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır." hükmü,

bulunmaktadır.

c- Aynı Şartname'nin "İhale kararının onaylanması veya iptali" başlıklı 42'nci maddesinde,

" 42.1. İhale üzerinde bırakılan istekliyle sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir. Bu durumda, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit edilerek ihale sonucu Kuruma gönderilir.

42.2. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye, 4734 sayılı Kanunun 42 nci maddesinde belirtilen sürenin bitimini izleyen üç gün içinde sözleşme imzalamaya davet edilir.

42.3. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, sözleşmeye davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri ile kesin teminatı verip diğer yasal yükümlülüklerini de yerine getirerek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan sonra geçici teminat iade edilecektir

42.4. Mücbir sebep halleri dışında, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda geçici teminatı gelir kaydedilerek hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, (Mülga ibare: RG-16/7/2011-27996) (...)4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere İdareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında yasaklama kararı verilmez.

42.5. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyle de sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ihale iptal edilir." hükmü,

bulunmaktadır.

3- Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan düzenlemeler:

Kamu İhale Genel Tebliğinde konu ile ilgili olarak yapılan açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

a- Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler kapsamında;

“16.3.1. Yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilip edilemeyeceği hususunda tereddütler olduğu anlaşılmaktadır. İhale komisyonu;

a) Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen her hangi bir husus olup olmadığını,

b) Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellenenin doğru yapılıp yapılmadığını,

c) Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtıp yansıtmadığını,

Sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir yetkisine sahiptir.

16.3.2. Yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir. Bu durumda sorumluluk idareye aittir.

16.3.3. (Ek madde: 26/01/2021-31376 R.G./1. md.) 4734 sayılı Kanununun 52 nci maddesi uyarınca danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde toplam puanı en yüksek olan istekli ile görüşme yapılmak suretiyle ihalenin sonuçlandırılması gerekir. Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde, mali teklif üzerinde yapılan görüşmenin kapsamının ödeme koşulları ve planının, mali teklif tutarını değiştirmemek kaydıyla idare lehine düzenlenmesine yönelik olabileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde toplam puanı en yüksek isteklinin mali teklifinin yaklaşık maliyetin üzerinde olması halinde, ihale, bütçe ödenekleri dikkate alınarak toplam puanı en yüksek olan bu istekli üzerine bırakılır ya da iptal edilir.” açıklaması,

bulunmaktadır.

b- Teminatların gelir kaydedilmesi kapsamında;

“28.1.8.2. İhale veya son başvuru tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunmayan (Değişik: 13/04/2013- 28617 R.G./6. md.) aday veya istekliler hakkında, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi (Değişik: 13/04/2013- 28617 R.G./6. md.) durumunda yasaklama kararının Resmi Gazete’de yayım tarihinden (Değişik: 13/04/2013- 28617 R.G./6. md.) önce teklif vermiş olan istekliler

açısından yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda olan aday veya isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları iade edilecektir. Ancak, 4734 sayılı Kanununun 5812 sayılı Kanunla değişik 40 ıncı maddesinin son fıkrası gereğince ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin her ikisinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilecektir.” açıklaması,

bulunmaktadır.

c- Başvuru ve tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi işlemlerinin EKAP’a kaydı kapsamında;

“30.4.2 Başvuru ve tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin Kanun ve uygulama yönetmelikleri hükümlerine göre tesis edilen işlemler kapsamında ilgisine göre aşağıdaki bilgilerin EKAP’a kaydedilmesi zorunludur:

a) Başvuru/Teklif zarflarının uygun olup olmadığı,

b) Başvuruların yeterli bulunup bulunmadığı, yeterli bulunmama gerekçeleri ve teklif vermeye davet edilecek istekliler,

c) Teklif bedelleri,

ç) Tekliflerin değerlendirilmesi sonrasında geçerli olan teklifler ile uygun bulunmayan teklifler ve bunların uygun bulunmama gerekçeleri,

d) Aşırı düşük olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılan teklifler,

e) Ekonomik açıdan en avantajlı teklif ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliler.

Kurum tarafından gerekli görülmesi durumunda, yukarıda belirtilen bilgilere ilave olarak EKAP’a kaydedilmesi gereken ilave bilgiler de belirlenebilecektir. Bu kapsamda Kurum tarafından EKAP’a girilmesi gerektiği EKAP’ta duyurularak belirlenen bilgilerin de EKAP’a kaydedilmesi zorunludur.” açıklaması,

bulunmaktadır.

ç- Teyit işlemleri kapsamında;

“30.5.1 4734 sayılı Kanununun 40 ıncı maddesinin sekizinci fıkrasında, ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını Kurumdan teyit ederek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorunda oldukları belirtilmiştir. Buna göre teyit belgesi alınmaması halinde ihale sürecinin tamamlanması mümkün olmayacaktır.

30.5.2 4734 sayılı Kanununun 40 ıncı maddesinde, sadece ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin, 42 nci maddesinde de sadece

ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığı Kurumdan teyit ettirilmesinden söz edilmiş ise de, 11 inci maddede ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmamalarının sağlanmasının amaçlandığı dikkate alındığında, ihale tarihi itibarıyla ihaleye katılan tüm isteklilerin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple:

I- Başvuru veya ihale tarihi itibarıyla tüm aday ve istekliler için, ihale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde kalan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi için, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ise sadece ihale üzerinde kalan istekli için ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,

II- Yasaklılık teyidi yapılırken aday ve istekliler ile bunların şahıs şirketi olmaları halinde tüm ortakları, sermaye şirketi olmaları halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları (Ek ibare: 31/03/2018-30377- R.G./3. md.) ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile başvuru veya teklifi ya da sözleşmeyi imzalayan, başka bir ifade ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin de ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve Kurumdan teyit ettirilecektir,

III- Bu çerçevede yapılan teyit işlemi sonucunda;

a) Başvuru veya ihale tarihi itibarıyla haklarında ihalelere katılmaktan yasaklı kararı bulunan aday ve istekliler 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesi gereğince ihale dışı bırakılacak, geçici teminatı gelir kaydedilecek ve anılan Kanunun 17 nci maddesinin atıfta bulunduğu 58 inci madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı tesis edilecektir. Yasaklama kararının başvuru veya ihale tarihinden sonra tesis edildiğinin tespiti halinde ise 28.1.8.2 maddesi gereğince işlemde bulunulacaktır.

b) 4734 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda ihale üzerinde bırakılan istekli ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci isteklinin ikisinin de yasaklı olduğunun tespiti durumunda ihalenin iptaline, anılan Kanunun 42 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verilecektir.” açıklaması,

bulunmaktadır.

d- Hizmet alımı ihalelerinde tekliflerin eşit olması kapsamında;

“70.1. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece fiyat esasına göre belirlendiği ihalelerde, en düşük geçerli teklifin birden fazla istekli tarafından verilmesi durumunda, bu teklifler öncelikli olarak Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 63 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan kriterlere göre puanlanacak ve en yüksek puana sahip istekli ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi, en yüksek ikinci puana sahip istekli ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenecektir.”

“70.2.3. Puanlama sonucunda iki isteklinin eşit puana sahip olması durumunda kuradan çıkan istekli ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi, diğer istekli ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenecektir. Ancak ikiden fazla isteklinin aynı puana sahip olması durumunda iki kez kura çekilecektir. Bu durumda ilk çekilişte ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli, ikinci çekilişte ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli belirlenecektir.”

“70.2.4. Puanlanma sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi belirlenebilmesine rağmen, en yüksek ikinci puana sahip birden fazla istekli bulunması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibini belirlemek amacıyla bu istekliler arasında kura yöntemine başvurulacaktır.” açıklaması,

bulunmaktadır.

III- KONU İLE İLGİLİ ÖRNEK KAMU İHALE KURULU KARARLARI:

Kamu İhale Kurulu tarafından konu ile ilgili olarak, 4734 sayılı Kanun’un 40 ve 44’üncü maddesi ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 65’inci maddesi hükümlerine bakıldığında,⁶ ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunun getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu şeklinde kararlar verilmiştir.⁷

Kamu İhale Kurulu tarafından konu ile ilgili olarak verilen kararlardan bazılarında aşağıda yer verilmiştir.

A) Kamu İhale Kurulunun 01.12.2021 tarih ve 2021/UH.II-2185 sayılı kararı:

“ ...

12.10.2021 onay tarihli ihale komisyonu kararına göre, şikayete konu ihalenin 9’uncu kısmı için, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi Roche Diagnostics Turkey AŞ.nin 14.562.038,95 TL, başvuru sahibi Endmed End. Med. Malz. ve Cihaz. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin 17.310.647,07 TL bedel teklif etmiş olduğu, anılan kısım için yaklaşık maliyet tutarının ise 18.626.008,08 TL olduğu tespit edilmiş olup yine anılan kısımda ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin belirlenmemiş olduğu görülmüştür.

⁶ Benzer düzenleme diğer uygulama yönetmeliklerinde de bulunmaktadır.

⁷ Örnek alınan Kamu İhale Kurulu kararları incelendiğinde, kararlarda terimler ihale sürecindeki anlamlarına uygun kullanılmadığı gibi, birimlerin görevleri ile yetkilerinin de gözetilmediği görülmektedir. Zira, itirazın şikayet konusu husus ihale komisyonu tarafından ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesi olmasına rağmen, kararlarda ihale mevzuatında ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu ifade edilmektedir. Kanun’un 44’üncü maddesi dikkate alındığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirildiği açıktır. Kaldı ki kararlarda belirtilen hususların aksine, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe/ bu istekliye ait teklifi uygun görmeme ve reddetme yetkisi bulunduğu dair ihale mevzuatında bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Kararlarda ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmemesinin idarenin takdirinde olduğu da belirtilmektedir. Bu durumda idarenin takdirini ihale komisyonu mu yoksa Kanun’un 44’üncü maddesine uygun olarak ihale yetkilisi mi belirleyecek? İhale mevzuatına göre ihale sürecinde birimlerin görev ve yetkileri dikkate alındığında idarenin takdirini ihale yetkilisinin belirleyeceği açıktır. Bununla birlikte, ihale yetkilisinin de ihale komisyonu kararı üzerine ihale kararını onaylamak ya da ihaleyi iptal etmek dışında –şikayet başvurusu hali hariç- düzeltici işlem belirleme yetkisinin olmadığı izahıta varededir. Dolayısıyla konunun doğru anlaşılması bakımından terimlerin mevzuattaki anlamlarına ve ihale sürecine uygun kullanılması gerekmektedir.

*İdari Şartname'nin 36'ncı maddesinde, tekliflerin değerlendirilmesi işlemine ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve belirlenecek olması halinde ikinci teklif sahibi tespit edilene kadar devam edileceğinin belirtildiği, benzer şekilde aynı Şartname'nin 42'nci maddesinde de, ihale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalanamaması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, sözleşme imzalanabileceğinin ifade edildiği, **yaklaşık maliyetin altında teklif veren başvuru sahibi isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçesi mevzuata uygun olmadığı** bir başka deyişle özetle ilgili mevzuat hükümleri ve ihale dokümanı düzenlemeleri uyarınca, ihalelerde idarelere ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif belirleme zorunluluğu getirilmediğinden başvuru sahibinin teklifinin geçerli olduğu anlaşılrsa da ancak belirtildiği üzere idarenin başvuru sahibini ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlemesi gerekmediği anlaşıldığından başvuru sahibinin birinci iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”*

B) Kamu İhale Kurulunun 02.09.2021 tarih ve 2021/UH.I-1615 sayılı kararı:

“ ...

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinden, ihale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce ihale üzerinde bırakılan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit ettirilmesi gerektiği, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi ile sözleşme imzalanamaması durumunda, ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin sözleşmeye davet edilebileceği anlaşılmaktadır.

Kamu ihale mevzuatında ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunu gerektirecek emredici bir hükmün bulunmadığı, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlenmesinin ihale komisyonunun takdirinde olduğu, ihale komisyonu kararının ihale yetkilisinin onaylaması ile geçerlilik kazanacağı, ayrıca ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmiş olması halinde dahi bu teklifinin ihale yetkilisince uygun görülmesi halinde sözleşme imzalanacak teklif olabileceği, dolayısıyla ihale yetkilisince onaylanan ihale komisyonu kararında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlenmemiş olmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

C) Kamu İhale Kurulunun 10.02.2021 tarih ve 2021/UH.II-381 sayılı kararı:

“ ...

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin “İhalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlıklı 65'inci maddesinden ihalelerde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesi zorunluluğu olmadığı anlaşıldığı, ek olarak ihale mevzuatında da bu zorunluluğa ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, idare tarafından başvuruya konu ihale kapsamında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesinin ihale mevzuatına aykırı olmadığı anlaşıldığından anılan iddia yerinde görülmemiştir.”

Ç) Kamu İhale Kurulunun 01.04.2020 tarih ve 2020/UH.I-667 sayılı kararı:

“...Yukarıda aktarılan mevzuat hüküm ve açıklamaları ile ihale dokümanı” düzenlemelerinden, ihalelerde idarelere ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif belirleme zorunluluğu getirilmediği ve bu hususun idarelerin takdirinde olduğu anlaşılmıştır.

Diğer taraftan, Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler" başlıklı 16.3'üncü maddesinde, isteklilerin teklif fiyatlarının yaklaşık maliyetin üzerinde olması halinde ihale komisyonunun, yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen herhangi bir husus olup olmadığını, yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellemenin doğru yapıp yapılmadığını, verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtıp yansıtmadığını sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese edeceği ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ise ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir yetkisine sahip olduğu, öte yandan yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında tekliflerin kamu yararı ve hizmet gereklerine göre kabul edilebileceği ve bu durumda sorumluluğun idareye ait olduğu açıklanmıştır.

...
Bu itibarla, itirazın şikayete konu ihalenin 1'inci kısmının yaklaşık maliyetinin 681.000,00 TL olduğu, başvuru sahibi isteklinin söz konusu kısma teklif ettiği bedelin ilgili kısmın yaklaşık maliyetinden büyük olduğu (714.600,00 TL > 681.000,00 TL), idarelerin ihalelerde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlemek ve yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifleri kabul etmek veya reddetmek hususlarında takdir yetkisine sahip olduğu anlaşıldığından başvuru sahibi isteklinin anılan iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır...."

D) Kamu İhale Kurulunun 27.02.2018 tarih ve 2018/UH.I-497 sayılı kararı:

"... Başvuru sahibinin "tekliflerin yaklaşık maliyetin çok altında olduğu söz konusu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlenmesi gerekirken idarece bu yönde bir karar alınmamasının da mevzuata aykırı olduğu" şeklindeki iddiası incelendiğinde ulaşılan tespitlere aşağıda yer verilmiştir.

02.01.2018 tarihli ihale komisyonu kararında, teklifi geçerli olarak tespit edilen 5 isteklinin tümünün teklifinin yaklaşık maliyetin altında olduğunun ve ekonomik açıdan en uygun teklifin Bora Kur. Hizm. İnş. Tur. Gıda Mob. Taş. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin teklifinin olduğunun belirtildiği, ayrıca söz konusu ihale komisyonu kararında "...Ekonomik açıdan en avantajlı istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci istekli arasında KDV hariç toplam 1.452.862,08 TL fiyat farkı olduğu görülmektedir.

Kamu İhale Kanununun Temek ilkeler 5.maddesinde yer alan 'İdareler, bu kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla zorunludur.' hükmü bulunmaktadır.

Söz konusu hüküm gereği Kurum kaynaklarını etkin ve verimli bir şekilde kullanmak amacıyla ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif arasında KDV hariç toplam 1.452.862,08 TL fiyat farkı olmasından dolayı ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin olmadığı" ifadelerine yer verilmek suretiyle söz konusu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin belirlenmediği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen 40 ve 44'üncü maddesi ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 65'inci maddesi hükümlerine bakıldığında, ihale

komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu anlaşıldığından, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır...”

E) Kamu İhale Kurulunun 21.02.2018 tarih ve 2018/UH.I-447 sayılı kararı:

“... 4734 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen 40 ve 44'üncü maddesi ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 65'inci maddesi hükümlerine bakıldığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu anlaşılmakla birlikte,...”

F) Kamu İhale Kurulunun 18.05.2010 tarih ve 2010/UH.I-1442 sayılı kararı:

“... Anılan Kanununun 40 ıncı maddesinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif ve ikinci teklifin belirlenmesine ilişkin kuralları belirlediği, 39 uncu maddesinin ise bütün tekliflerin reddedilmesi durumuna ilişkin olduğu açıktır.

İncelenen ihalede en düşük teklifi veren isteklinin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği, ikinci teklifin ise ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği tespit edilmiştir.

Şikayetçinin birinci iddiasına konu edilen uyuşmazlık esas olarak, en düşük teklif sıralamasında üçüncü sırada yer alan ve ihale komisyonunca tekliflerin Kanununun 37 inci maddesine göre teklifi geçerli teklif olarak belirlenen şikayetçinin teklifinin fiyat yönünden uygun görülmemesine ilişkindir.

İhale komisyonunca 4734 sayılı Kanununun 37 ve 38 inci maddeleri uyarınca yapılan değerlendirme sonucunda geçerli teklif olarak belirlenen tekliflerden şikayetçiden daha düşük teklif veren iki isteklinin ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci teklif olarak belirlendiği, yaklaşık maliyetin üzerinde teklif veren şikayetçinin teklifinin de fiyat yönünden uygun bulunmadığı anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanununun 40 ıncı maddesi, ihale komisyonlarının ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci tekliflerin belirlenmesini zorunlu kılmakla birlikte geçerli tekliflerin bedellerinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenemeyecek mertebede yüksek olması halinde en düşük teklifi ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bilakis, 4734 sayılı Kanununun 39 uncu maddesi bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde ihale komisyonunun serbest olduğu hükmü dikkate alındığında tekliflerin geçerli teklif olmakla birlikte fiyat yönünden uygun olmaması halinde de reddedilmesine imkan verdiği, bu hükmün geçerli teklif olarak belirlenen bütün tekliflerin bedellerinin uygun görülmemesi halinde uygulanabileceği gibi, geçerli teklif olarak belirlenen tekliflerden bir veya birkaçının yaklaşık maliyetin üzerinde olması halinde de yüksek bedelli tekliflerin uygun görülmediğine yönelik değerlendirme yapılmasına da imkan vermektedir.

Bu itibarla, incelenen ihalede ihale komisyonunca ekonomik açıdan en avantajlı birinci ve ikinci tekliflerin belirlenmesi yeterli iken, yaklaşık maliyetin üzerinde teklif verdiği anlaşılan şikayetçinin teklif bedelinin uygun olmadığına yönelik değerlendirme yapmasında

da esas itibariyle mevzuata aykırılık bulunmadığından şikayetçinin iddiası yerinde görülmemiştir...”

IV- KONU İLE İLGİLİ ÖRNEK İDARİ YARGI KARARLARI:

Danıştay 13. Dairesi tarafından konu ile ilgili olarak, ihale komisyonunca kaynakların verimli kullanılması ilkesi gereği kurum kaynaklarını etkin ve verimli bir şekilde kullanmak amacı ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin olmadığı tespit edildiği, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin emredici bir hüküm bulunmadığından, en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu şeklinde kararlar verilmiştir.⁸

Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı açılan dava üzerine Ankara idare mahkemeleri ile Danıştay 13. Dairesi tarafından konu ile ilgili olarak verilen kararlardan bazılarına aşağıda yer verilmiştir.

A-Danıştay 13. Dairesinin 24.02.2021 tarihli ve E:2021/15, K:2021/649 sayılı kararı:

“...
...

Mahkeme kararının 2. iddia yönünden davanın reddine ilişkin kısmı incelendiğinde; aktarılan kurallar ve ihaleye ilişkin İdari Şartname hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ihale komisyonu tarafından en avantajlı birinci ve ikinci teklif sahibinin belirlenerek ihale yetkilisinin onayına sunulmasından sonra, ihale yetkilisince gerekli değerlendirme yapılarak, komisyon kararı onaylanarak ihale kesinleştirilebileceği gibi, kamu yararı gözetilerek ihalenin iptaline de karar verilebileceği, ihaleyi iptal etme yetkisi olan ihale komisyonu ve yetkilisinin, en avantajlı ikinci teklif sahibini belirlemeden ihaleyi sonuçlandırma yetkilerinin de olduğu, ayrıca ihale komisyonunun tüm teklifleri reddedilebileceği anlaşılmaktadır. Zira, ihalenin iptaline ve tüm tekliflerin reddine yetkili olan ihale komisyonu ve ihale yetkilisinin, ikinci en avantajlı teklif sahibini belirleyip belirlememe hususunda da takdir yetkisi mevcut olduğu kuşkusuzdur.

Davacı şirketin ihaleye verdiği teklif bedelinin 16.327.815,00-TL, ihale üzerinde bırakılan en avantajlı teklif sahibi isteklinin teklif bedelinin 15.301.540,00-TL, yaklaşık

⁸ Örnek alınan Danıştay 13. Dairesi kararları incelendiğinde, kararlarda terimler ihale sürecindeki anlamlarına uygun kullanılmadığı gibi, birimlerin görevleri ile yetkilerinin de gözetilmediği görülmektedir. Zira, itirazın şikayet konusu husus ihale komisyonu tarafından ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesi olmasına rağmen, kararlarda ihale mevzuatında ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu ifade edilmektedir. Kanun’un 44’üncü maddesi dikkate alındığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirildiği açıktır. Kaldı ki kararlarda belirtilen hususların aksine, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe/ bu istekliye ait teklifi uygun görmeme ve reddetme yetkisi bulunduğu dair ihale mevzuatında bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Kararlarda ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmemesinin idarenin takdirinde olduğu da belirtilmektedir. Bu durumda idarenin takdirini ihale komisyonu mu yoksa Kanun’un 44’üncü maddesine uygun olarak ihale yetkilisi mi belirleyecek? İhale mevzuatına göre ihale sürecinde birimlerin görev ve yetkileri dikkate alındığında idarenin takdirini ihale yetkilisinin belirleyeceği açıktır. Bununla birlikte, ihale yetkilisinin de ihale komisyonu kararı üzerine ihale kararını onaylamak ya da ihaleyi iptal etmek dışında –şikayet başvurusu hali hariç- düzeltici işlem belirleme yetkisinin olmadığı izahıtan varestedir. Dolayısıyla konunun doğru anlaşılması bakımından terimlerin mevzuattaki anlamlarına ve ihale sürecine uygun kullanılması gerekmektedir.

maliyetin 21.080.592,50-TL olduğu, en avantajlı birinci teklif sahibi isteklinin teklif bedeli ile davacı şirketin teklif bedeli arasında 1.026.275,00-TL fark bulunduğu, ihale komisyonu kararında, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesi yönünde takdir yetkisinin kullanıldığı görülmektedir.

Bu durumda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin ihale mevzuatında emredici bir hüküm bulunmadığı, en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu ve idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullandığı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının, ikinci iddia yönünden itirazın şikâyet başvurusunun reddine yönelik kısmında hukuka aykırılık, bu kısmın iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukukî isabet görülmemiştir.”

B- Danıştay 13. Dairesinin 17.11.2016 tarihli ve E:2016/3037, K:2016/3739 sayılı kararı:

“...Temyize konu Mahkeme kararının, dava konusu ihalede idarece ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesinin mevzuata aykırı olduğu hususundaki dördüncü iddia bakımından başvurunun reddi yönündeki Kurul kararının iptaline ilişkin kısmı bakımından;...Davacı iş ortaklığının ihaleye verdiği teklif bedelinin 19.089.340,00 TL, ihale üzerinde bırakılan en avantajlı teklif sahibi isteklinin teklif bedelinin 17.788.780,00 TL, yaklaşık maliyetin 24.783.470,00 TL, sınır değerinin ise 19.064.207,69 TL olduğu, en avantajlı birinci teklif sahibi isteklinin teklif bedeli ile davacı şirketin teklif bedeli arasında 1.300.560,00 TL fark bulunduğu, ihale komisyonunca kaynakların verimli kullanılması ilkesi gereği kurum kaynaklarını etkin ve verimli bir şekilde kullanmak amacı ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin olmadığı tespit edildiği, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin emredici bir hüküm bulunmadığından, en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu ve idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullandığı anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının, dördüncü iddianın reddine yönelik kısmında hukuka aykırılık, buna ilişkin kısmının iptali yolundaki Mahkeme kararında ise hukuki isabet görülmemiştir...”

C) Ankara 12. İdare Mahkemesinin 03.12.2020 tarihli ve E:2020/2203, K:2020/1937 sayılı kararı:

“...

2) İhalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesinin hukuka aykırı olduğu ve davacı şirketin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlenmesi gerektiği iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ...

Olayda, ihaleyi yapan idarece davacı şirketin teklifinin takdir yetkisi kapsamında en avantajlı ikinci ekonomik teklif sahibi istekli olarak atanmadığı ve teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı görülmekte ise de yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemenin zorunlu olduğu, sadece belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı

birakılabileceği, dolayısıyla herhangi bir somut hukuki sebep gösterilmeksizin, takdir yetkisi çerçevesinde en avantajlı ikinci ekonomik teklifin belirlenmemesinin ve bu şekilde teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından, davacı şirketin anılan iddiasının reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamıştır.”⁹

V- İHALE KOMİSYONUNUN EKONOMİK AÇIDAN EN AVANTAJLI İKİNCİ TEKLİFİ BELİRLEME ZORUNLULUĞU:

İhale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunun olup olmadığı hususu, 4734 sayılı Kanun’un 34, 40 ve 44’üncü maddelerinde yer alan hükümler ve bu hükümlerin gerekçeleri, tip idari şartnameler, tip sözleşmeler, Kamu İhale Genel Tebliği’nde yapılan açıklamalar ve ilgili kurul kararları ve idari yargı kararları çerçevesinde, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu bulunmayan haller ve bulunan haller başlığı altında iki yönden değerlendirilecektir.

A) İhale Komisyonunun Ekonomik Açıdan En Avantajlı İkinci Teklifi Belirleme Zorunluluğu Bulunmayan Haller:

4734 sayılı Kanun’a göre yapılan bir ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi anılan Kanun’un temel ilkeleri çerçevesinde ihale dokümanında belirlenen yeterlik kriterlerine göre belirleme yetkisi ihale komisyonuna aittir. İhale komisyonunca ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmediği hallerde, ihale yetkilisinin ihale komisyonu yerine geçerek söz konusu teklifi belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe yetkisi sınırsız değildir. Belirlemediği durumda da gerekçesini her idari işlemdede olduğu gibi kararda göstermek durumundadır.

İhale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu bulunmayan haller:

1-İhalede tek geçerli teklifin bulunması:

Bir ihalede tek geçerli teklif var ve ihale komisyonu da ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklif üzerinde bırakarak sonuçlandırmış ise, ihale üzerinde bırakılan istekli dışında geçerli teklif bulunmadığından, bu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda ihalede birden fazla geçerli teklif bulunmadığından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif de yoktur. 4734 sayılı Kanun’un 40’inci maddesinde yer alan “varsa” kelimesi de tam olarak bu hali düzenlemektedir.¹⁰ Söz

⁹ Ankara 12. İdare Mahkemesinin 03.12.2020 tarihli ve E:2020/2203, K:2020/1937 sayılı kararında yer alan konu ile ilgili gerekçelerin Kanun’un 34, 40 ve 44’üncü maddelerinde yer alan hükümler ile madde gerekçelerine uygun olduğu değerlendirilmektedir.

¹⁰ 4734 sayılı Kanun’un 40’inci maddesinde yer alan “varsa” kelimesinin yorumlanmasında, söz konusu kelimeyi de içeren değişikliğin 5812 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesiyle 2008 yılında yapıldığı ve sadece yasaklılık teyidinin yapılmasına yönelik düzenleme olduğu dikkate alınmalıdır. Bu değişiklikle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif varsa, yasaklılık teyidinin yapılması ve ihale sürecinin uzamasının önlenmesi amaçlanmıştır.

konusu “varsa” kelimesinin yer aldığı düzenleme, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif durumunda olan isteklinin “*teklif bedelini*” -anılan Kanun’un 39’uncu maddesinin ihale komisyonuna verdiği tüm tekliflerin reddedilmesine ilişkin karar alma yetkisi hariç- uygun bulma ya da bulmama yetkisi vermemektedir. Kaldı ki 4734 sayılı Kanun’un 40’ncü maddesinde, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi hususu düzenlenmiştir.¹¹ Bu hükmün ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin teklif bedelini uygun görme ya da görmeme yetkisi verdiği ve bu nedenle de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu bulunmadığı şeklinde yorumlanması –Kanun’un 34, 40 ve 44’üncü maddeleri ile bu maddelerin gerekçeleri dikkate alındığında- mümkün bulunmamaktadır.

Aksi halde, ihale komisyonunun uygun bulduğu teklif bedelini Kanun’un 44’üncü maddesine göre bir kez de ihale yetkilisinin uygun görme ya da uygun görmeme hali ortaya çıkacaktır. Bu halde de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlendiği durumlarda ihale komisyonunun uygun gördüğü teklif bedelinin ihale yetkilisince uygun görülmemesi gibi bir durumla karşılaşılacaktır. 4734 sayılı Kanun’un konu ile ilgili 34, 39, 40 ve 44’üncü maddelerinde yer alan hükümler ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, Kanun Koyucunun böyle bir amacının olmadığı açıktır.¹²

2-İhalede geçerli tekliflerin teklif bedellerinin tümünün yaklaşık maliyetin üzerinde bulunması:

4734 sayılı Kanun’un 39’uncu maddesinde yer alan “*İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir.*” hükmü uyarınca –madde gerekçesinde yer alan açıklamalar da dikkate alındığında- teklifi geçerli olan tüm isteklilerin teklif bedellerinin yaklaşık maliyetin çok üstünde olması halinde, ihale

4734 sayılı Kanun’un 34’üncü maddesi geçici teminata ilişkin işlemleri düzenlerken, 40’ncü maddesi ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin teyit yapılmasını düzenlemektedir. Her iki maddede ki hükümler ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı reddetme yetkisini vermemektedir. Diğer yandan anılan Kanun’un 44’üncü maddesinde yer alan açık hüküm uyarınca, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalanabilecektir.

¹¹ 4734 sayılı Kanun’un 40’ncü maddesinin son fıkrasında 5812 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesi ile yapılan değişikliğin gerekçesinde, uygulama yönetmelikleri hükümlerine göre ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı çıkması hâlinde ihalenin iptal edildiğinden (İkinci uygun teklif sahibinin de mağduriyetine neden olduğundan) ve sürecin uzaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verildiğinden bahsedilmektedir.

¹² Hem Kurul kararlarında hem Danıştay 13. Dairesi kararlarında, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin ihale mevzuatında emredici bir hüküm bulunmadığı, en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu şeklinde değerlendirme yapılmaktadır. Aslında ihale mevzuatındaki emredici hükümler uyarınca varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin ihale komisyonunun görevi olduğu, söz konusu istekliye ait fiyat teklifinin uygun görülmesi/görülmemesi yetkisinin de ihale yetkilisine ait olduğu açıktır. Ayrıca, ihale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesi halinde, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda ihale kararını onaylama ya da ihaleyi iptal dışında seçeneği olmadığından ihale yetkilisinin ihaleyi iptal etmesi gerekecektir.

Diğer yandan, kararlarda yapılan söz konusu değerlendirmeler, ihale komisyonunca subjektif sebeplerle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesine ve ihalenin iptali ile ihtiyacın zamanında karşılanmamasına da neden olabilir. Bu nedenle “*ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin ihale mevzuatında emredici bir hüküm bulunmadığı, en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu*” şeklinde verilen kararın itirazın şikâyet konusu hususun Kanun Koyucunun amacına uygun çözüme kavuşmasına katkı sağlamadığı değerlendirilmektedir.

komisyon kararı üzerine tüm tekliflerin reddedilerek ihalenin iptali konusunda ihale yetkilisi yetkili kılınmıştır.¹³

Bununla birlikte, teklifi geçerli olan tüm isteklilerin teklif bedellerinin yaklaşık maliyetin çok üstünde olması halinde dahi, bütün teklifler reddedilmeden önce yapılacak uygulama Kamu İhale Genel Tebliği'nde düzenlenmiştir.

İhalede geçerli tekliflerin teklif bedelleri yaklaşık maliyetin üzerinde ise, ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinde, ihale komisyonlarınca Kamu İhale Genel Tebliği'nin "**16.3. Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler**" başlıklı maddesinde yapılan açıklamalara göre işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "**16.3. Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler**" başlıklı maddesinde ise,

"16.3. Yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler

16.3.1. Yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilip edilemeyeceği hususunda tereddütler olduğu anlaşılmaktadır. İhale komisyonu;

a) Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen her hangi bir husus olup olmadığını,

b) Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellemenin doğru yapıp yapılmadığını,

c) Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtmadığını,

Sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese eder ve bütçe ödeneklerini de göz önünde bulundurarak, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir yetkisine sahiptir.

16.3.2. Yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir. Bu durumda sorumluluk idareye aittir." açıklaması bulunmaktadır.

Söz konusu maddede yapılan açıklamalar uyarınca, ihale komisyonlarının teklif bedeli yaklaşık maliyetin üzerinde bulunan isteklilerin tekliflerini doğrudan reddetmek yetkisi bulunmamaktadır. Zira, ihale komisyonu Tebliğ'in 16.3. maddesine göre sorgulama yapmak suretiyle, teklif fiyatlarını uygun bulması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlemek veya verilen teklif fiyatlarını uygun bulmaması halinde ise ihalenin iptaline karar vermek hususunda takdir yetkisine sahiptir.

Diğer yandan, yaklaşık maliyetin üzerinde olmakla birlikte teklifin kabul edilebilir nitelikte görülmesi halinde idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mali mevzuatı gereği

¹³ Hem Kurul hem de Danıştay 13. Dairesi tarafından karar verilirken ihale komisyonu ile ihale yetkilisinin ihale sürecinde ayrı merciler olduğu ve görev ve yetkilerinin farklı olduğu, birinin diğerinin yerine geçerek karar vermeyeceği gözetilmelidir. Ayrıca terimlerin de mevzuattaki anlamalarına ve ihale sürecine uygun yorumlanması ve kullanılması konunun anlaşılmasına ve uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlayacaktır.

ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir.¹⁴

B) İhale Komisyonunun Ekonomik Açıdan En Avantajlı İkinci Teklifi Belirleme Zorunluluğu Bulunan Haller:

4734 sayılı Kanun'un 34, 40 ve 44'üncü maddelerinde konu ile ilgili olarak yer alan hükümler ile madde gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, ihale komisyonlarının Kanun'un temel ilkelerine uygun gerçekleşen ihalede birden fazla geçerli teklifin bulunduğu hallerde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme görevleri bulunmaktadır. Söz konusu belirlemeyi yapmadıkları durumda da her idari işlemde olduğu gibi kararda gerekçelerini gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır.

İhale üzerinde kalan isteklinin yasaklı çıkması ve ihalenin iptal edilmesi nedeniyle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin mağduriyetine neden olunması ve ihtiyacın karşılanmasında sürecin uzaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verilmesi halinde ihale komisyonunun sorumluluğunun olacağı açıktır.

Kamu İhale Kurulu kararları ile Danıştay 13. Dairesi kararlarında, ihale komisyonlarının ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu bulunmadığı gibi ihale mevzuatında da bu zorunluluğa ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilmektedir.

Ancak Kamu İhale Kurulu kararları ile Danıştay 13. Dairesi kararlarında belirtilen gerekçenin aksine, ihale komisyonunun Kanun'un temel ilkelerine uygun gerçekleşen bir ihalede birden fazla geçerli teklif bulunduğu halde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görmeme ve bu nedenle de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe ve bu teklifi reddetme/değerlendirme dışı bırakma yetkisine ilişkin 4734 sayılı Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Kamu ihale mevzuatında asıl kural ihale sürecinde görev yapan mercilerin görevlerinin ve yetkilerinin 4734 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olmasıdır. Söz konusu mercilerin anılan Kanun'dan kaynaklanmayan/Kanun'da düzenlenmemiş yetkileri kullanamayacakları da izahtan varestedir.

Bununla birlikte, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmesi ya da görülmemesi hususu, 4734 sayılı Kanunun "*Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu*" başlıklı 44'üncü maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiş ve bu yetki ihale yetkilisine verilmiştir. Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan söz konusu hüküm uyarınca, Kamu İhale Kurulu kararlarında ihale komisyonlarının ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu bulunmadığı gibi ihale mevzuatında da bu zorunluluğa ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı şeklindeki değerlendirmenin dayanağı bulunmamaktadır. Diğer yandan, Kurulun kararlarına Kanun'un 44'üncü maddesini de dayanak göstermesi ise, itirazın şikayetin konusunun ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememesi hususu olduğu da dikkate alındığında, hiç anlaşılamamaktadır.

¹⁴ İhale komisyonunun bu yetkisinin de esas itibarıyla Kanun'un 39'uncu maddesinde yer alan hüküm ile bu hükmün gerekçesinin gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 44'üncü maddesindeki düzenlemeye göre, ihale üzerinde kalan istekli 4734 sayılı Kanun'un 42 ve 43'üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalama zorunluluğuna uymadığı takdirde, **ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla** bu teklif sahibi istekli ile idare Kanun'da belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilecektir. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait bedelin uygun görülmesi ya da görülmemesine ilişkin yetki ihale yetkilisine aittir. İhale yetkilisi tarafından bu yetkinin kullanılabilmesi için ihale komisyonu tarafından yukarıda belirtilen özel haller hariç, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesi gerekmektedir.

26.08.2020 tarihli ve 2020/UH.II-1437 sayılı Kamu İhale Kurulu kararına karşı açılan davada, Ankara 12. İdare Mahkemesinin 03.12.2020 tarihli ve E:2020/2203, K:2020/1937 sayılı kararında,

“ ...

2) *İhalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmemesinin hukuka aykırı olduğu ve davacı şirketin teklifinin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlenmesi gerektiği iddiası yönünden yapılan değerlendirmede; ...*

Olayda, ihaleyi yapan idarece davacı şirketin teklifinin takdir yetkisi kapsamında en avantajlı ikinci ekonomik teklif sahibi istekli olarak atanmadığı ve teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı görülmekte ise de yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemenin zorunlu olduğu, sadece belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılabileceği, dolayısıyla herhangi bir somut hukuki sebep gösterilmeksizin, takdir yetkisi çerçevesinde en avantajlı ikinci ekonomik teklifin belirlenmemesinin ve bu şekilde teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından, davacı şirketin anılan iddiasının reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamıştır.” denilmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, yukarıda açıklanan özel haller haricinde, ihale komisyonunu tarafından sadece belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılabileceği, herhangi bir somut hukuki sebep gösterilmeksizin takdir yetkisi çerçevesinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin teklif bedelinin uygun görülmeyerek değerlendirme dışı bırakılmasının yürürlükteki mevzuata göre mümkün olmadığı açıktır.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihaleler sonucunda, ihale komisyonları tarafından genel olarak varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlendiği görülmektedir. Dolayısıyla az sayıda ihalede ortaya çıkan bir uygulama için genelleme yapılarak, mevzuatta olmayan bir yetkinin ihale komisyonuna verilmesi için -4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde ihale yetkilisine yetki veren hüküm ortada dururken- Kurul ve Danıştay 13. Dairesi tarafından mevzuatta düzenleme bulunmadığı şeklinde yorum yapılmasının uygun olmadığı değerlendirilmektedir. Ayrıca, söz konusu yorumla da ihale

komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi bir kurala bağlı olmadan subjektif gerekçelerle belirlememesi yani reddetmesi teşvik edilmektedir.¹⁵

Dolayısıyla Kanun'un temel ilkelerine uygun olarak gerçekleşen bir ihalede, 4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan hüküm uyarınca, ihale komisyonunun ihale yetkilisinin yerine geçerek ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görmeme ve bu nedenle de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe yani reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, ihale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamadığı durumda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif ile sözleşme imzalama seçeneğinin ihale yetkilisi tarafından değerlendirilebilmesi için doğrudan ihalenin iptali seçeneği ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görme ve bu teklif sahibi ile sözleşme imzalama seçeneğinin ihale yetkilisi tarafından değerlendirilebilmesi için, ihale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 34 ve 40'ıncı maddelerinde yer alan düzenlemelerde, Kurul ve Danıştay 13. Dairesi kararları aksine, yukarıda yapılan açıklamaları teyit etmektedir.

Ayrıca, tüm geçerli tekliflerin teklif fiyatlarının yaklaşık maliyetin üzerinde olması halinde dahi ihale komisyonunun teklifleri doğrudan reddetme yetkisi bulunmamakta, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 16.3. maddesine göre değerlendirme yaptıktan sonra karar vermesi gerekmektedir.

Bu durumda bir ihalede birden fazla geçerli teklifin olduğu hallerde komisyonun en düşük teklif dışında kalan diğer teklifleri doğrudan reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Kanun Koyucunun amacı ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun bulma ya da bulmama yetkisini vermek olsaydı bu yetkiyi ihale yetkilisine vermezdi ve ihale yetkilisinde olduğu gibi açıkça düzenlerdi.

Konu, Kanun'un 34, 40 ve 44'üncü maddelerinde yer alan hükümler ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenme amacı gözetilerek değerlendirildiğinde,¹⁶ ihale komisyonlarının yukarıda belirtilen özel haller hariç, bir ihalede birden fazla geçerli teklifin bulunduğu ve bu teklif sahiplerinin teklif bedellerinin de yaklaşık maliyetin altında olduğu hallerde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunlulukları bulunmaktadır. Ayrıca belirlemedikleri özel hallerin de gerekçesini kararda belirtmek durumundadırlar. Örneğin, yaklaşık maliyetin altında geçerli teklif olmasına rağmen ihale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmediği ihale, ihale üzerinde kalan

¹⁵ Örneğin, Kanun'un temel ilkelerine uygun gerçekleşen bir ihalede teklif fiyatları yaklaşık maliyetin altında olmasına rağmen ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin fiyatları arasında yüksek fark olduğu şeklindeki subjektif gerekçeyle herhangi bir kriter olmadan ihale komisyonu tarafından ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin değerlendirme dışı bırakılması gibi.

¹⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan ayıran özelliklerden biri de ihale de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmesidir.

isteklinin sözleşmeyi imzalamaması nedeniyle iptal olur ve aynı şartlarda yapılan ikinci ihale daha yüksek bir bedelle sözleşmeye bağlanırsa, aradaki farktan (kamu zararından) kim sorumlu olacaktır? Doğal olarak ihale komisyonunun sorumlu olacağı değerlendirilmektedir.

Zira, Kanun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görme ve sözleşme imzalama yetkisini ihale yetkilisine vermiştir. Örneğin, ihale komisyonunun teklif fiyatları yaklaşık maliyetin altında bulunan ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin fiyatları arasında yüksek fark olduğu gerekçesiyle ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin fiyatını uygun görmeyerek ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirlememesi yani bu teklifi reddetmesi, ihale yetkilisi tarafından kullanılması gereken yetkinin ihale komisyonu tarafından kullanılması anlamına gelmektedir.¹⁷ Ancak Kanun Koyucu Kanun'un 44'üncü maddesindeki açık düzenleme ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait bedeli uygun görme ya da görmeme ve sözleşme imzalama ya da imzalamama yetkisini açıkça ihale yetkilisine vermiştir.

4734 sayılı Kanun'un 40 ve 44'üncü maddesi ile İhale Uygulama Yönetmeliklerindeki hükümlere bakıldığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğuna ilişkin emredici hüküm getirilmediği sonucuna varmanın Kanun'un 44'üncü maddesindeki açık düzenleme uyarınca dayanaktan yoksun olduğu değerlendirilmektedir.

Dolayısıyla, yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca hem Kamu İhale Kurulunun hem de Danıştay 13. Dairesinin kararlarını gözden geçirmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

VI- SONUÇ:

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerde ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğunun bulunmadığına yönelik alınan Kamu İhale Kurulu ve Danıştay 13. Daire kararları nedeniyle bazı ihale komisyonları tarafından ihalede yaklaşık maliyetin altında geçerli teklif bulunmasına rağmen teklif edilen fiyat uygun görülmemeyerek ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif belirlenmemektedir.

4734 sayılı Kanun'a göre yapılan bir ihalede belirlenen yeterlik kriterlerine göre ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme yetkisi ihale komisyonuna aittir. Bununla birlikte, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerine uygun olarak gerçekleşen bir ihalede ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görme ya da görmeme yetkisi bulunmamaktadır. Zira, bu yetki 4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan açık hüküm uyarınca ihale yetkilisine aittir.

Diğer yandan, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlemediği durumda da gerekçesini her idari işlemde olduğu gibi kararda göstermek

¹⁷ Kamu İhale Kurulu 27.02.2018 tarih ve 2018/UH.I-497 sayılı kararı ile söz konusu gerekçe ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin reddedilmesini uygun bulmuştur. Kaldı ki, ihale komisyonunun teklif fiyatları yaklaşık maliyetin altında bulunan ekonomik açıdan en avantajlı teklif ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin fiyatları arasında yüksek fark olduğu değerlendirmesi bir kriterle dayanmayan sübjektif değerlendirmedir.

durumundadır. İhale komisyonunca ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifin belirlenmediği hallerde, ihale yetkilisinin ihale komisyonu yerine geçerek söz konusu teklifi belirleme yetkisi bulunmamaktadır.

İhale komisyonunun ihalede tek geçerli teklifin bulunması halinde 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerini gözetmek suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirleyerek ihaleyi karara bağlama yetkisi bulunmaktadır.

İhalede geçerli tekliflerin teklif bedellerinin tümünün yaklaşık maliyetin üzerinde bulunması halinde ise, ihale komisyonunun tüm teklifleri reddetmeden Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan açıklamaya göre değerlendirme yaptıktan sonra ihaleyi karara bağlaması gerekmektedir.¹⁸

4734 sayılı Kanun'un 34, 40 ve 44'üncü maddelerinde yer alan hükümler ile madde gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde, ihale komisyonlarının temel ilkelere uygun gerçekleşen bir ihalede birden fazla geçerli teklifin bulunduğu hallerde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme görevleri bulunmaktadır. Ayrıca, ihale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlememe, başka bir anlatımla bu istekliye ait fiyat teklifini uygun görmeme ve reddetme yetkisi bulunduğu dair 4734 sayılı Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının uygun görülmesi ya da görülmemesi hususunda yetki, 4734 sayılı Kanun'un "*Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu*" başlıklı 44'üncü maddesinde açık bir şekilde düzenlendiği üzere, ihale yetkilisine aittir.¹⁹

4734 sayılı Kanun'da ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmemesi hususunda ihale komisyonuna yetki veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira, Kanun koyucunun amacı ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun bulma ya da bulmama yetkisini vermek olsaydı bu yetkiyi ihale yetkilisine vermezdi ve ihale yetkilisinde olduğu gibi açıkça düzenlerdi.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'un 40'ıncı maddesinde yasaklılık teyidinde yönelik "varsa" kelimesi dışında, yaklaşık maliyetin altında geçerli tekliflerden en düşük teklif dışındaki teklif fiyatlarının uygun bulunmayarak tekliflerin komisyon tarafından reddedilebileceğine dair anılan Kanun'da düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un 44'üncü maddesinde ihale yetkilisine yetki veren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 40 ve 44'üncü maddesi ile İhale Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan hükümlere bakıldığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme

¹⁸ İhalede geçerli tekliflerin teklif bedellerinin tümünün yaklaşık maliyetin üzerinde bulunması halinde dahi ihale komisyonunun tüm teklifleri reddetme yetkisinin bulunmadığı, Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan açıklamaya göre değerlendirme yaptıktan sonra ihaleyi karara bağladığı konunun değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.

¹⁹ Kamu İhale Kurulunca "...4734 sayılı Kanun'un ...40 ve 44'üncü maddesi ile ... İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ... maddesi hükümlerine bakıldığında, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu husus idarelerin takdirinde olduğu ..." şeklinde verilen kararlarda Kanun'un 44'üncü maddesinde ki açık düzenlemeye rağmen söz konusu maddeyi kararlarında dayanak göstermesi anlaşılabilir. Zira, Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan hükümle kararların gerekçesinin yakından ve uzaktan bir ilgisi bulunmamaktadır.

zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu şeklindeki Kurul kararları açıklanmaya muhtaçtır.

Bu itibarla, Kanun'un temel ilkelerine uygun gerçekleşen bir ihalede ihale komisyonunun birden fazla geçerli tekliften en düşük teklifi ekonomik açıdan en avantajlı teklif, varsa bir sonraki teklifi de ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirleme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Diğer yandan, Kanun'un 39'uncu maddesi ile ihale komisyonuna verilen yetkinin *"İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir."* şeklinde olduğu, bu yetkinin de tüm tekliflerin reddedilerek ihalenin iptaline yönelik olduğu, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmesi ya da görülmemesi hususuna yönelik olmadığı çok açıktır.

Kamu İhale Kurulu ile Danıştay 13. Dairesinin, 4734 sayılı Kanun'un 34, 40 ve 44'üncü maddesi²⁰ ile ilgili ihale uygulama yönetmeliği hükümleri uyarınca, ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme zorunluluğu getirilmediği, bu hususun idarelerin takdirinde olduğu şeklinde yapılan genel değerlendirme ile ihale komisyonlarını hatalı karar alamaya sevk etmek yerine, somut ihaledeki duruma göre Kanun'un temel ilkeleri ile 34, 40 ve 44'üncü maddede yer alan hükümler gözetilerek ihale komisyonlarının varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirleme yükümlülüklerinin bulunduğu yönünde kararlarını gözden geçirmelidir.

Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin açık hükmüne uygun olarak ihale yetkilisine idare adına ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatı uygun görme ve sözleşme imzalama ya da uygun görmeme ve sözleşme imzalamama yönünden değerlendirme yapma imkânı verilmesi gerekmektedir.

²⁰ Kurulun kararlarında dayanak aldığı 4734 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesi hükmünün ihale komisyonuna ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklife ait fiyatın uygun görülmemesi hususunda yetki verdiği görüşüne nasıl ulaştığı ve bu madde ki açık düzenlemeye rağmen kararlara neden dayanak aldığı anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, Kurulun ihale komisyonu, idare ve ihale yetkilisi kavramlarını tanımlarına ve görev ile yetkilerine uygun kullanmayarak tek birim gibi değerlendirmesinden söz konusu sonuca ulaştığı değerlendirilmektedir.